

Despoluição das águas

WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR (*)

Promotor de Justiça - SP

A exposição do problema

A vida moderna trouxe comodidades maiores aos habitantes das cidades, mas, em compensação, também criou desconfortos em igual medida. O desenvolvimento sócio-econômico sem qualquer planejamento colocou a sociedade na posição de espectadora dos mais tristes ataques contra a qualidade de vida.

A sociedade assistiu à poluição das águas dos mares, dos rios e mananciais por dejetos industriais e domésticos acostumando com espumas nas águas que não eram produto das ondas, mas das mãos do homem. Assim, as manchas de óleo a despurificar o estuário marinho, contaminando espécies, alterando a cadeia alimentar. São tantos os ataques ao meio ambiente que as artes retratam essas evidências: o mais que repetido verso de Caetano Veloso, da "feia fumaça que sobe apagando as estrelas", revelando num preito à cidade de S. Paulo a crítica pelo custo do progresso; ou o enredo contagiante de Jorge Amado na trama "Tieta do Agreste", que tem como epígrafe trecho de decisão da Justiça italiana que condenou à prisão dirigentes de empresa "que transformaram o mar numa lata de lixo" ⁽¹⁾

E a própria sociedade passou a repugnar os prejuízos que a ação do homem causava à qualidade de vida. Neste ambiente, surgiu como reação a necessidade de legislação de proteção ao meio ambiente como garantia de uma saudável qualidade de vida, exigindo um desenvolvimento sustentado. Miguel Reale bem resume esta preocupação ao sentenciar que está "o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre" ⁽²⁾, pois o espetáculo que assiste é, no mínimo, dantesco como descrevem com propriedade Édís Milaré ⁽³⁾, Ramón Martín Mateo e Manoel Pedro Pimentel ⁽⁴⁾

(*)Professor de Direito Administrativo da Faculdade Católica de Direito da Unisantos.

(1) - Jorge Amado Tieta do Agreste, pág. 10. Ed. Renovar, 1ª ed., citando sentença do Juiz Viglietta.

(2) - "A civilização tem isto de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza. Se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos hoje a uma trágica inversão sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre" (Memórias, vol. I, pág. 297, Ed. Saraiva, 1987).

(3) - "(...) o processo desenvolvimentista dos países se realiza, basicamente às custas dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala até ontem desconhecidos: a paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada pelas usinas nucleares, pelo lixo atômico, pelos dejetos, pelas chuvas ácidas, pelas indústrias e pelo lixo químico. Por conta disso, em todo o mundo o lençol freático se contamina, a água escasseia, a área florestal diminui, o clima sofre profundas alterações, o ar se torna irrespirável, o patrimônio genético se degrada, abreviando os anos que o homem tem para viver sobre o planeta. É a vida que está em jogo!" ("Curadoria do Meio Ambiente" - Cadernos Informativos, pág. 17, 1988, APMP).

(4) - Segundo Ramón Martín Mateo: "el hombre de hoy usa y abusa de la naturaleza como si hubiera de ser el último inquilino de este desgraciado planeta como si detrás de él no se anunciara un futuro. La naturaleza se convierte así en el chivo expiatorio del progreso" (Derecho Ambiental, pág. 21. 1977 - Instituto de Estudios de Administración Local). Manoel Pedro Pimentel com elegância adverte: "levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão se o homem num futuro próximo, solitário, e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio de um parque forrado com grama plástica ouvindo cantar um sabiá eletrônico pousando no galho de uma árvore de cimento armado" (Revista de Direito Penal 24/91).

Forjou-se, então, dessa repulsa social às agressões contínuas e permanentemente destrutivas ao meio ambiente, uma legislação brasileira adequada para garantia da qualidade de vida da população: num primeiro momento a Lei Federal nº 6.938/81 e num segundo o artigo 225 da Constituição Federal.

Note-se bem que as arestas do extremismo devem ser tolhidas porque preocupação ambiental não significa inibição ao desenvolvimento econômico nem a exploração dos recursos naturais. Os recursos naturais existem justamente para servir ao homem; não apenas para extrai-los, mas aproveitá-los em todas as variantes de uso que possam oferecer. Daí, é evidente que a preocupação é com a adequada e racional utilização de todas as funções sociais que os recursos da natureza possam oferecer. Prega-se um desenvolvimento sustentado com respeito ao meio ambiente, como está exposto no artigo 170, inciso VI da Constituição Federal de 1988, de modo a evitar os espetáculos dantescos que as últimas eras deste século proporcionaram.

Neste contexto a Constituição Federal dedicou capítulo próprio ao meio ambiente, considerado bem público de uso comum do povo, assegurando que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à qualidade de vida, sendo dever estatal e social sua defesa e sua preservação para garantia dessa qualidade de vida para as gerações presentes e futuras (art. 225).

Questão empolgante é a peculiar poluição dos cursos d'água pelo lançamento de esgotos domésticos sem o devido tratamento e sem observância dos padrões de qualidade da água.

Sente a sociedade insuportável descaso do Poder Público com a higidez das águas dos mares e rios que banham as cidades. O despejo indiscriminado de efluentes industriais e esgotos domésticos compromete a pureza das águas cristalinas dos cursos d'água, assassina a fauna residente no ecossistema e destrói a flora ribeirinha das áreas de preservação permanente.

Se, de um lado, aparece necessário o despejo dos esgotos domésticos nas águas, de outro, é inegável que os cursos d'água não podem servir como valhacouto das impurezas, como depósito de lixo urbano, como recipiente da sujeira, substituindo a paisagem natural de seus leitos então ocupados por peixes, répteis, mamíferos, etc., por pneus velhos, latas de óleo, pelo lixo urbano dos coliformes fecais em profusão assustadora.

O Poder Público e os concessionários do serviço público de coleta e destinação final de esgotos (paraestatais, autarquias, particulares, etc.) também não podem promover o lançamento de esgotos domésticos sem o devido tratamento prévio nos cursos d'água que servem a cidade. Essa empreitada causa degradação ambiental, implicando poluição das águas dos rios com prejuízos mais que óbvios à fauna, à vegetação ribeirinha, à qualidade do abastecimento de água da população, etc.

É atividade altamente nociva a poluição dos rios e córregos que pertencem às cidades.

Esta é uma constatação triste, pois a qualidade de vida da população é séria e gravemente comprometida com o descaso do Poder Público que por sua omissão lesiva torna letra morta a cláusula constitucional constante do artigo 225 da Constituição Federal.

Atividade poluidora: despejo de esgotos domésticos nas águas

A Lei Federal nº 6.938/81 define como poluição a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos em recursos ambientais componentes do meio ambiente (art. 3º, inc. III alíneas "a" e "e", inc. V), responsabilizando o poluidor a indenizar ou reparar os danos provocados ao meio ambiente (art. 14 § 1º).

O lançamento de esgotos domésticos nos cursos d'água sem prévio tratamento e des- conforme os padrões legalmente estabelecidos é atividade poluidora porque degrada a qualidade do bem objeto da tutela legal, lança matéria em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos, deteriora a qualidade de recurso ambiental e prejudica o bem-estar da população.

Não obstante o despejo de esgotos domésticos, nessas condições, nas águas seja atividade poluidora ditada pela legislação federal – característica suficiente de per si para compeli- o poder público a cessá-la – no Estado de São Paulo a Constituição Estadual é incisiva ao determinar que “fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo d'água” (art. 208). Circunscreve a norma estadual uma proibição de caráter absoluto, nela contida uma determinação da prática de certo ato à administração pública, no sentido de somente proceder ao lançamento dos esgotos urbanos, desde que submetidos ao prévio tratamento e em conformidade com os padrões qualitativos estabelecidos.

Vale dizer, é vigente norma protetiva da qualidade de vida, cuja inderrogabilidade é essencial para vincular a atividade da administração pública. A sentida omissão, proposta pela inércia do poder público, implica, sem sombra de dúvida, desrespeito à soberana vontade do legislador que traçou diretriz obrigatória para o administrador especificamente na proteção dos cursos d'água para afastá-los de poluição.

O dever do município: competência executiva e legislativa

A garantia da qualidade de vida por um meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever do poder público, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal. Assim, o Município é devedor do cumprimento dessa obrigação constitucional que pode ser realizada pelo exercício da competência executiva comum (art. 23 inc. VI da Constituição Federal), protegendo o meio ambiente e combatendo a poluição em qualquer de suas formas, e da competência legislativa complementar (artigo 30, inciso II da Constituição Federal).

O despejo de esgotos urbanos sem observância dos requisitos legais (prévio tratamento e conformidade com os padrões de qualidade) é poluição e implica renúncia ao cumprimento de atividade administrativa a qual o poder público se encontra vinculado por expressa disposição legal.

No âmbito local, o Município é dotado de competência executiva, isto é, de prestar serviços públicos para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas segundo o artigo 23 inciso VI da Constituição Federal, observando o superior Tribunal de Justiça que “esse preceito, ao estabelecer competências, atribui, ao Município, o poder-dever de agir na proteção ambiental”, destacando do acórdão que “por outro lado, compete ao Poder Público (aí, incluído o Município) e à coletividade o dever de preservar e defender o meio ambiente, considerado bem de uso comum e essencial à qualidade de vida de todos os cidadãos (artigo 225). Deixam claras as preceituações constitucionais e da lei federal, que ao Município compete, legislar, supletivamente, sobre o meio ambiente, preenchendo as lacunas da legislação federal e estadual, sem, contudo, lhe contrariar o conteúdo. Assim, como enfatizam os juristas, “a legislação municipal visaria atender às características próprias do território em que as questões ambientais, por sua especificidade, não pudessem ser com a proteção oferecida pela legislação federal ou estadual” (José Antônio Osório da Silva, *O Município e a Proteção Ambiental*). Ademais, no sistema jurídico-constitucional vigente, ao Município é lícito editar normas legais que digam respeito ao interesse local. Nada impede, pois, que o Município expeça normas que disciplinem situações especiais, conquanto se atenham ao que dispuserem as leis

federais e estaduais. O que não pode, o Município, é regulamentar matéria já disciplinada na lei federal (ou estadual), ou fazê-lo de forma que extrapole o estatuído nela (lei federal), porquanto, a sua competência é meramente supletiva. É o magistério de Maria Sylvia Ribeiro Barreto: “O texto constitucional distribui competências à União, aos Estados, permitindo aos Municípios tão-somente complementar a legislação federal e estadual, no que couber (artigo 30, II). Assim, se ao Município não é vedado legislar sobre o meio ambiente, deverá fazê-lo sempre de acordo com a legislação federal e estadual, no âmbito do interesse local” (“O Município e a Questão Ambiental”, *Rev. dos Tribunais*, vol. 670, pág. 254)⁽⁵⁾.

Como se vê, o Município, além da competência executiva em matéria ambiental, a pretexto do artigo 30 da Constituição Federal, tem autonomia para legislar sobre assuntos da predominância do interesse local (inciso I) e complementar a legislação federal e estadual no que couber (inciso II). O exercício dessa competência supletiva é conjugado necessariamente à existência do interesse local para suprir as lacunas e omissões da legislação federal e estadual diante da especificidade da matéria no âmbito municipal. Assim, é plenamente possível o Município legislar em matéria ambiental, de forma complementar à legislação federal e estadual, e na medida do interesse local. Nesta linha enfatiza José Afonso da Silva apontando a matéria ambiental no âmbito da competência legislativa complementar municipal⁽⁶⁾. Mas, é pertinente a observação de Leonardo Greco⁽⁷⁾, advertindo dos limites do exercício dessa competência legislativa complementar.

Com efeito, a competência reservada ao Município é de suprir as omissões da legislação federal e estadual em face das peculiaridades locais, sem, no entanto, ser titular da prerrogativa de contrariar ou retirar a eficácia da lei federal ou estadual. A expressão “no que couber” constante do inciso II do artigo 30 da Constituição Federal é o limite do exercício dessa competência. E representa não só a capacidade de suprir omissões ou lacunas da lei federal e estadual e atender especificações de origem local – sem contrariar a legislação hierarquicamente superior – mas indica que o Município pode legislar supletivamente em matéria ambiental na justa e exata medida do interesse local, que é o norte regulador da autonomia política municipal (artigo 30, inciso I da Constituição Federal). Deste modo, é inconstitucional a legislação municipal que extrapole o limite do interesse local ou que inviabilize, ou contraste, o direito ambiental federal ou estadual. Neste sentido, Jair Eduardo Santana aponta que “poderá ser veiculada lei no âmbito municipal para preencher as deficiências ou insuficiências da norma existente” condicionando o exercício da competência à presença do interesse local⁽⁸⁾.

Aqui, é claro que o Município terá como adinículo o poder de polícia para restringir, limitar, ou condicionar o exercício de atividades, valendo-se da competência local para assuntos de interesse desse âmbito ligados ao zoneamento, às posturas edilícias etc., tudo que se referir a especificações locais, com as limitações objetivas acima destacadas.

(5) – STJ, 1ª Turma, REsp 29.299-6-RS, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, v. u., 28-9-1994 (DJU 17-10-1994, pág. 27.861).

(6) – José Afonso da Silva observa que embora a Constituição não tenha situado os Municípios “na área de competência concorrente do artigo 24, mas lhes outorgou competência para complementar a legislação federal e estadual no que couber, o que vale possibilitar-lhes dispor especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral” (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, pág. 435, ed. RT, 6ª ed.).

(7) – Leonardo Greco faz uma advertência especial no sentido de que não é possível à legislação municipal “derrogar ou retirar eficácia ao direito federal ou estadual, muito menos em matéria de competência privativa da União ou do Estado” (Competências Constitucionais em Matéria Ambiental, RT 687/30).

(8) – Segundo Jair Eduardo Santana “para que o Município legisle sobre meio ambiente é preciso que, além de satisfazer as exigências da expressão contida no inciso II, do artigo 30 da Constituição Federal, verifique se está presente o interesse local. Significa dizer que deve ser observado o necessário entrelaçamento da legislação complementar com o fator da predominância do interesse local, no qual se radica, inclusive, o próprio critério para repartição constitucional de competências, utilizado pela nossa Constituição Federal” (“Competências Legislativas Municipais”, págs. 115/116, ed. Del Rey, 1ª ed.). O autor cita ainda, a opinião de Toshio Mukai acentuando o exercício do poder de polícia inerente ao Município, e v. acórdão do Supremo Tribunal Federal onde ficou assentado que “concorrente com a União e os Estados, os Municípios podem exercer a fiscalização do equilíbrio ecológico e, em decorrência, aplicar sanções” (RE 75.009-SP, 1ª Turma).

A legislação federal limita-se, genericamente, à repressão de qualquer forma de poluição dos corpos d'água (artigos 3º e 14, § 1º, Lei Federal nº 6.938/81). A legislação estadual proíbe o lançamento e despejo de efluentes e esgotos domésticos e industriais sem prévio tratamento e em desacordo com os padrões de qualidade ambiental (artigo 208, Constituição Estadual; artigos 2º, 3º e 15, Lei Estadual nº 997/76, artigos 3º, 7º a 17 e 19, Decreto Estadual nº 8.468/76). Ora, encontra-se aí a diretriz legal dada ao Município para o exercício de sua competência executiva comum de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, inciso VI, Constituição Federal).

Cabe, portanto, ao Município escolher o modo de cumprimento de sua obrigação legal, dessa atividade devida, que pode ser exercida tanto pelo Legislativo Municipal a partir de sua competência legislativa suplementar, dada a especificidade local, para suprir as lacunas e omissões da legislação federal e estadual que propugnando o combate da poluição das águas não especificaram o modo de agir para tanto, reservando ao criterioso juízo discricionário da legislação municipal (artigo 30, incisos I e II, Constituição Federal), ou pelo próprio Poder Executivo Municipal, valendo-se da competência executiva delineada constitucionalmente no artigo 23, inciso VI, conforme acima destacado, elegendo o modo de cumprimento da obrigação legal.

A única vedação que encontra o Município no exercício de sua competência supletiva é a de contrariar o conteúdo ou anular os efeitos da legislação federal e estadual que pretende suplementar.

Em verdade, da interpretação sistêmica dos artigos 23, inciso VI e 225 da Constituição Federal é até despicienda a existência de lei municipal para proteção do meio ambiente em certas e especiais situações como esta (evitar a poluição de rio degradado pelo despejo de efluentes domésticos) que depende única e exclusivamente do cumprimento de atividade executiva pelo poder público já especificada e indicada na legislação federal e estadual, competindo-lhe organizar serviços públicos para tanto, uma vez que o artigo 23, inciso VI e o artigo 225 traçam dever de agir para o poder público municipal, ao qual não é lícito omitir, renunciar ou descumprir.

Assim, encontra-se obrigado o Município a agir na defesa do meio ambiente e no combate de qualquer forma de poluição tanto pela competência executiva comum (artigo 23, inciso VI, Constituição Federal) dando execução à legislação federal e estadual quanto pela competência legislativa suplementar (artigo 30, inciso II, Constituição Federal).

Paulo Affonso Leme Machado faz uma acertada ponderação no sentido da instituição de um sistema administrativo brasileiro que obrigue aos Municípios consorciarem-se, com apoio estadual e federal, para um tratamento conjunto dos resíduos de um rio e seus afluentes, preconizando o combate da poluição por esgotos domésticos por bacias hidrográficas⁽⁹⁾. A sugestão de **de lege ferenda** é escorreita, porque não são raros os casos de um mesmo corpo d'água banhar diversas cidades, onde umas combatam a poluição e outras não. A inexistência de regramento unificado é matriz de conflitos de interesses que podem ser resolvidos na via judicial pelas Municipalidades lesadas ou pelo Ministério Público em atuação objetivamente preparada para a solução do anátema.

Condições legais para lançamento de esgotos domésticos nas águas (a Lei Estadual nº 997/76)

Sem embargo da lei federal tipificar a atividade de despejo de esgotos domésticos nos cursos d'água como poluição (suficiente para exigir outra postura do poder público) mere-

(9) - Segundo o autor "ampla é a variedade dos usos e das obras referentes às águas: abastecimento doméstico e industrial, produção de eletricidade, controle de enchentes, irrigação, transportes, despejos de resíduos, etc. Daí decorre a necessidade de se instituir um sistema administrativo que permita aos usuários a jusante não serem prejudicados pelo mau uso, tanto quantitativo como qualitativo dos outros usuários a montante" ("Direito Ambiental Brasileiro" pag. 312, Malheiros Editores. 5ª ed.)

ce destaque o fato de que o Estado de S. Paulo, usando de sua competência legislativa concorrente inscrita no artigo 24, inciso VI da Constituição Federal, para proteção do meio ambiente e controle da poluição, editou há quase vinte anos a Lei Estadual nº 997/76 e estabeleceu que "fica proibido o lançamento ou liberação de poluentes nas águas, no ar ou no solo" (art. 3º).

Já se viu também que o artigo 208 da Constituição Estadual deliberou que "fica vedado o lançamento de efluentes e esgotos domésticos e industriais, sem o devido tratamento, em qualquer corpo d'água".

O artigo 15 da Lei Estadual nº 997/76 remete a sua regulamentação a tarefa da precisão de normas de utilização e preservação das águas e os padrões de qualidade do meio ambiente. Cumprindo essa missão, o Decreto Estadual nº 8.468/76 estabelece os padrões técnicos de qualidade das águas sempre condicionando, salvo a exceção do artigo 10, o lançamento de efluentes com observância aos critérios ambientais explícitos e prévio tratamento (arts. 3º, 7º a 17 e 19 e § 5º), seguido no particular pelo Decreto Estadual nº 10.755/77 que classifica as águas das bacias hidrográficas e reproduz os padrões de qualidade (arts. 10 e segs.).

Normas, portanto, existem em profusão considerando poluição o lançamento de efluentes domésticos e industriais nos corpos d'água do que compõem as bacias hidrográficas do Estado em desacordo com os padrões de qualidade ambiental e sem prévio tratamento.

A propósito, o citado Decreto Estadual nº 8.468/76 traça normas importantíssimas a respeito, que corroboram as assertivas acima lançadas, como as do seu artigo 19 ("onde houver sistema público de esgotos, em condições de atendimento, os efluentes de qualquer fonte poluidora deverão ser nele lançados") § 3º ("evidenciada a impossibilidade técnica do lançamento em sistema público de esgotos, os efluentes poderão, a critério da CETESB, ser lançados transitóriamente em corpos d'água, obedecidas as condições estabelecidas neste Regulamento") e § 4º ("a partir do momento em que o local onde estiver situada a fonte de poluição for provido de sistema público de coleta de esgotos, e houver possibilidade técnica de ligação a ele, o responsável pela fonte deverá providenciar o encaminhamento dos despejos líquidos à rede coletora").

É, portanto, inconcusso que o lançamento **in natura** de esgotos e efluentes domésticos e urbanos nos rios e corpos d'água pelos Municípios ou pelas entidades autárquicas ou paraestatais incumbidas por delegação do serviço público de abastecimento de água e sistema de esgotos é atividade absolutamente ilícita e manifestamente lesiva à higidez do meio ambiente, não havendo como exonerar o poder público de submeter a prévio tratamento os efluentes domésticos a serem lançados nos corpos d'água.

Não fosse pelos sólidos argumentos acima desenvolvidos, a situação gera incômodo tratamento desigualitário entre o poder público e a iniciativa privada, pois na medida em que esta é obrigada a previamente tratar os efluentes industriais a serem lançados nos corpos d'água, como vem acertadamente decidindo o Egrégio Tribunal de Justiça de S. Paulo⁽¹⁰⁾, o poder público também deve tratar seus esgotos para posterior lançamento nas águas.

Desconfortável isentar o poder público de sua obrigação constitucional inscrita no artigo 225 da Constituição Federal, pois a ele compete de todos os meios e modos preservar o meio ambiente local (artigo 23 inciso VI).

(10) - TJSP, 4ª Câmara Civil, Apelação Cível 172.279-1/7 - Rancharia. Relator Desembargador Ney Almada. v.u. 16/7/1992 (RT 693/130).

Competência legislativa estadual

E nem se alegue que o Estado de S. Paulo não possui competência legislativa sobre o assunto. A Constituição Federal no artigo 24 inciso VI confere a competência legislativa concorrente à União e aos Estados sobre proteção do meio ambiente.

A época da edição da Lei Estadual nº 997/76 vigia a Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional 01/69, que no artigo 8º inciso XVII alínea "c" Parágrafo único estabelecia a competência supletiva dos Estados para legislar sobre defesa e proteção da saúde (onde se incluía meio ambiente), bem como dispunha em sentido idêntico o artigo 6º § 1º da Lei Federal nº 6 938/81.

Na oportunidade, assentou-se orientação que permanece válida para o sistema constitucional vigente da possibilidade de o Estado exercer sua competência com "caráter supletivo da lei estadual, de modo que supra hipóteses irreguladas, preenchendo o vazio, o branco que restar, sobretudo quanto às condições locais" reservando as normas gerais à União⁽¹¹⁾⁽¹²⁾⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾, na conformidade de decisões do Superior Tribunal de Justiça, ao realçar que a legislação "não exclui a edição pelos Estados ou Municípios de normas e padrões que objetivem a regular situação regional ou local específica"⁽¹⁶⁾ e do Supremo Tribunal Federal ao sublinhar que em tema de poluição ambiental e infração à legislação ambiental paulista (Lei nº 997/76) erige-se "a competência da União para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 8º, XVII, "c", da CF) não exclui a dos Estados para legislar supletivamente na defesa do meio ambiente (art. 8º, parágrafo único, da CF)"⁽¹⁷⁾.

Ainda da Excelsa Corte destaca-se que "a Constituição, por outro lado, não considerou, especificamente, a competência para legislar sobre poluição ambiental, de modo que, a meu ver, há que se procurar a base de sua competência legislativa na proteção ou defesa da saúde (letra "c" do artigo 8º, XVII, da CF), que comporta legislação supletiva estadual, parágrafo único do artigo 8º"⁽¹⁸⁾.

E já sob a égide do artigo 24 inciso VI da vigente Carta Magna esta concepção foi reafirmada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça⁽¹⁹⁾ quanto pelo Supremo Tribunal Federal⁽²⁰⁾.

Na doutrina Paulo Affonso Leme Machado comunga desse entendimento salientando a competência legislativa estadual para emissão de efluentes nas águas.⁽²¹⁾ Há se lem-

(11) - TJRJ, 5ª Câmara Civil, Apelação Cível nº 899/91. Relator Desembargador Humberto Mendonça Marques v.u. 21-5-1991 (RT 683/138).

(12) - Ainda do TJRJ é conveniente o destaque aos precedentes daquela Augusta Corte referidos no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça da lavra do Procurador de Justiça Emanuel Roberto de Nora Serra constante do v. acórdão acima citado (RT 683/141).

(13) - no citado acórdão há remissão à decisão do STF em ação direta de inconstitucionalidade da Lei Estadual 7.747/82 e dos Decretos 30.787/82 e 30.811/82, do Estado do Rio Grande do Sul, relatada pelo Ministro Oscar Corrêa onde se fixou na vigência do art. 8º inc. XVII alínea "c" Parágrafo único da Constituição de 1967/69 "o caráter supletivo da lei estadual de modo que supra hipóteses irreguladas, preenchendo o vazio, o branco que restar, sobretudo quanto às condições locais".

(14) - a Lei Federal nº 6 938/81 editada sob a vigência do artigo 8º inc. XVII alínea "c" Parágrafo único da Constituição de 1967/69, contempla aos Estados competência supletiva e padrões ambientais respeitados os fixados pelo CONAMA (artigo 6º § 1º).

(15) - o artigo 8º inciso VI da Lei Federal 6 938/81 - é importante frisar - institui em favor do CONAMA competência privativa para normas e padrões nacionais de controle de poluição, não afastando a competência supletiva dos Estados e Municípios para o estabelecimento de normas e padrões que objetivem regular situação regional ou local específica sem ofender as regras ditadas pelo órgão federal.

(16) - STJ, 2ª Turma, Resp. 8.579-RJ, Relator Ministro Américo Luiz, v.u., 26-6-91 (DJU 1811:1991 RT 679/204).

(17) - STF, AI (AgRg) 110 395 SP, Relator Ministro Carlos Madeira (RTJ 121/303).

(18) - STF, RE 105 569, Relator Ministro Cordeiro Guerra (RTJ 115/1406).

(19) - STJ, Resp. 52.663-3-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, v.u., 16.11.1994.

(20) - STF, AI 152.788-9-RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence 22-8-1994 (DJU 31 8-1994); AI 147 111 5. Relator Ministro Carlos Mário Velloso, 13.8.1993.

(21) - Segundo Paulo Affonso Leme Machado, o artigo 22 inciso IV da Constituição Federal não interfere na competência estadual, apontando que "legislar sobre o que e em quantidade pode ser lançado na água é matéria que diz respeito primeiramente ao poder de polícia dos estados, pois não se está legislando sobre as águas quando definem normas de emissão" ("Direito Ambiental Brasileiro" pag. 51. Malheiros Editores 5ª ed.)

brar, ainda, do artigo 8º inciso VII, da Lei Federal nº 6 938/81 não exclui a competência estadual por força do artigo 6º § 1º, da mesma lei, que confere ao Estado a competência limitada somente aos critérios federais.

Inexorável concluir que a lei estadual em apreço foi recepcionada pela nova ordem constitucional, não padecendo de qualquer incompatibilidade com a legislação federal preexistente.

Não pode, portanto, o Município se esquivar com qualquer escusa do cumprimento da lei proibitiva do lançamento de efluentes domésticos nos rios sem prévio tratamento e em desacordo com os padrões de qualidade ambiental estabelecidos pelo poder competente. Igualmente, é vedado ao Município legislar supletivamente de forma contrária aos requisitos antipoluição estabelecidos pelo Estado.

Jurisprudência

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já enfrentou a questão posta em debate, de compêlir o poder público a prestação de atividade devida (obrigação de fazer) consistente no prévio tratamento dos esgotos domésticos a serem despejados em cursos d'água, como se vê adiante:

"Com efeito, há prova documental dos danos produzidos à conta da Municipalidade, como se verifica da informação prestada pela CETESB (fls. 64). Parece inquestionável o fato de que aquela se responsabiliza pelo lançamento de esgotos no curso d'água, independentemente do mínimo tratamento, respondendo por 16% do total da carga ali despejada. Fato incontroverso nos presentes autos.

A poluição reconhecida e detrimetosa à ictiofauna e, além disto, aos seres humanos, que se servem da água captada no Rio Sorocaba para seu próprio consumo. Trata-se, aliás, da única bacia hidrográfica na região.

Deplora-se o descaso do Poder Público diante de fatos desse jaez, o que não se restringe àquela comuna, mas, em geral, se estampa nos núcleos urbanos mais populosos. A consciência ecológica, hodiernamente impulsionada por grupos de ação e pela mídia radiofônica, e, secundariamente, por outros canais de comunicação, repele, com veemência, a incuria administrativa, em sucessivas gestões, da qual decorre o calamitoso estado de nossos rios principais. Não pode haver mais grotesca infirmação do sentimento de amor à natureza, de respeito à água fluente dos rios e à fauna e flora que medram em tal ambiente. A negligência reflete o despreparo das autoridades a quem tem cabido, nas derradeiras décadas, a atribuição de governo nas mais distintas unidades federativas"⁽²²⁾.

"A Ação Civil Pública - Meio idôneo para compêlir o Poder Público a tratamento de esgoto - Arbitramento de prazo para cumprimento da obrigação determinado na sentença à luz da prova técnica - Providência sensata, tendo em vista a força orçamentária do Município - Recurso não provido."

Se até agora, na condição de sujeitos passivos de obrigação de ordem pública, as litisconsortes não contrataram sequer serviços para estudo de elaboração de projeto, ou projetos, de sistemas de tratamento de esgotos, a que tende a pretensão cominatória, é óbvio subsistir necessidade do recurso jurisdicional para obtê-lo de modo forçoso. E, nisso, está o interesse de agir.

(...) Todas as partes convêm em que é imperiosa e inadiável a construção de sistemas de tratamento de esgotos. A saúde coletiva é, por sua natureza, prioritária e, a respeito, não há discricionariedade do Poder Público: sem água cujos padrões de pureza se encon-

(22) - TJSP, 4ª Câmara Civil, Apelação Cível 164 488 1/7 - Sorocaba. Relator Desembargador Ney Almada. 30 4 1992.



trem dentro das classes legais de aproveitamento (cf Anexo ao Decreto Estadual nº 8.468, de 8 de dezembro de 1976), a própria vida não é possível, como bem primeiro! Nem devem arrear-se de que se lhes imponha ônus financeiro incompatível com sua força orçamentária. Não foi por outra razão, senão para adequar os projetos e cronogramas às disponibilidades dos orçamentos das devedoras que, com sensatez, a r. sentença submeteu a arbitramento prévio, à luz de prova técnica ampla, o prazo de cumprimento da obrigação declarada.”⁽²³⁾

“Por sua vez, a Prefeitura Municipal de Pereira Barreto, devidamente autorizada por lei, celebrou convênio e atribuiu à ora recorrente todos os poderes e atribuições dos artigos 2º, 3º e 4º da Lei Orgânica, inclusive arrecadação parcial de tributos incidentes sobre bens e serviços.

O pacto deve ser respeitado.

Entre as atribuições atribuídas à ora recorrente encontra-se a de atender necessidades fundamentais da comunidade do Núcleo (fls. 21). Não resta dúvida de que o tratamento de esgoto inclui-se entre as referidas necessidades.

Se o ajuste não está cumprido pela Prefeitura Municipal de Pereira Barreto, tal fato não serve para isentar a recorrente da obrigação assumida, como bem lembra o ilustre Promotor de Justiça, citando Hely Lopes Meirelles (fls. 207-208).

Por outro lado, não representa nenhum absurdo a especificação do sistema na sentença. Evidentemente, se tecnologia mais moderna, eficiente e econômica surgir, não representará agressão à coisa julgada sua adoção. Na hipótese, se houver possibilidade do tratamento ser feito com mais eficiência e menos gastos, apego exagerado ao formalismo seria a exigência das lagoas anaeróbicas feitas apenas para se ater ao contido na sentença. Com as devidas adaptações aplicáveis é, aqui, o princípio do “quem pode o mais pode o menos”, ou melhor, quem está credenciado a fazer o pior, sem dúvida, pode fazer o melhor.

O prazo é indispensável para que a providência não seja protelada indefinidamente.

E, para concluir, importante é observar que a recorrente já está de há muito providenciando a construção do sistema de tratamento.

Quem demonstra tanto zelo com a população local (inclusive mantendo há mais de quinze anos dois clubes sociais) não pode opor resistência na conservação do meio ambiente.”⁽²⁴⁾

É certo que se registram vários precedentes em contrário desse mesmo Egrégio Tribunal (JTJ 143/14, 145/23; Apelação Cível 175.123-1/8, 4ª Câmara Civil, Relator Desembargador Vianna Cotrim, 29.10.1992; Apelação Cível 166.981-1, 5ª Câmara Civil, Relator Desembargador Marco César, 7.5.1992, RT 685/84; Apelação Cível 179.965-1/9, Pederneiras, 3ª Câmara Civil, Relator Desembargador Mattos Faria, 15.12.1992) louvando a impossibilidade de invasão do mérito do ato administrativo, da discricionariedade administrativa, e a inviabilidade da substituição do administrador pelo juiz em atenção ao princípio da separação de poderes, mas opta-se por filiar-se à corrente oposta com os seus fundamentos, acima transcrita, com o adinículo dos argumentos aqui lançados, **data maxima venia**.

Justamente pela força desses argumentos é que se permite acrescentar outros para enfrentá-los em igual proporção, sem embargo dos anteriores delineados. Para tanto é mister analisar a natureza jurídica do cumprimento dessa atividade pelo poder público, verificando se a omissão administrativa lesiva incide sobre ato administrativo vinculado ou discricionário, e suas implicações na esfera da condução dos negócios municipais, na gestão financeiro-orçamentária, etc.

(23) - TJSP, 2ª Câmara Civil, Apelação Cível 158.646-1/0 - Marília, Relator Desembargador Cezar Peluso, v.u., 26.5.1992.

(24) - TJSP, 1ª Câmara Civil, Apelação Cível 199.678-1/5 - Pereira Barreto, Relator Desembargador Andrade Marques v.u., 1ª 3.1994.

Ato administrativo vinculado ou discricionário e omissão administrativa

É curial frisar, sempre, que a legislação federal proíbe qualquer forma de poluição (artigo 3º, Lei Federal nº 6.938/81) e institui dever ao poder público federal, estadual e municipal de combatê-la e preservar o meio ambiente organizando serviços públicos para atingir esse desiderato (artigos 23 inciso VI, e 225, Constituição Federal), com a correlata responsabilização e prevenção dos danos (artigo 14 § 1º, Lei Federal nº 6.938/81; artigo 1º inciso I, 3º e 11, Lei Federal nº 7.347/85).

Inegável, outrossim, que o despejo dos esgotos domésticos **in natura** nas águas é poluição, e atividade ilícita quando feita sem o prévio tratamento e em desacordo com os padrões de qualidade ambiental estabelecidos (artigo 208, Constituição Estadual; artigos 2º, 3º e 15, Lei Estadual nº 997/76; artigos 3º, 7º a 17 e 19, Decreto Estadual nº 8.468/76).

A fixação destas premissas baliza todo o raciocínio esboçado para enfrentamento da questão.

Compelir o Município à obrigação de não fazer consistente na cessação da atividade nociva à qualidade de vida, de despejo de efluentes ou esgotos domésticos **in natura** nas águas, ou de obrigação de fazer consistente na prestação de atividade devida, de efetuar o lançamento desses esgotos submetidos ao prévio tratamento e na conformidade dos padrões ambientais estabelecidos é, em última análise, impor-lhe o dever de cumprimento da lei, de preservação do ambiente e de combate e prevenção à poluição para cessar atividade nociva ao meio ambiente e prestar atividade devida decorrente de lei.

Depara-se a questão diante do poder-dever vinculado, não de uma opção administrativa discricionária porque o ordenamento jurídico é enfático ao exigir da administração pública a realização de um dado ato, de conteúdo (objeto) explícito na norma, seja por prestação negativa (abster-se de poluir), seja por prestação positiva (submeter a prévio tratamento), que, em resumo, fundem-se numa única e prioritária preocupação material de evitar a poluição das águas.

Adotar raciocínio inverso gera por causar o incômodo efeito de reconhecer o direito adquirido de alguém, e notadamente do poder público, de poluir, de descumprir a lei. Vale dizer, não há lugar para invocar-se a discricionariedade administrativa porque a atividade devida é decorrente de lei que exige o prévio tratamento de esgotos domésticos e a sua conformidade com os padrões ambientais estabelecidos como condição para lançamento nas águas com o fito de impedir poluição.

Adiante, este raciocínio será concluído com maior ênfase terminológica, mas antes é mister abordar os conceitos de poderes administrativos vinculados e discricionários e a relevância da omissão administrativa lesiva como fonte de desvio de poder.

Sublinha Hely Lopes Meirelles que o princípio da legalidade obriga à atuação da administração pública restringindo o seu poder administrativo “ao de praticar o ato, mas de o praticar com todas as minúcias especificadas na lei. Omitindo-se ou diversificando-as na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido”⁽²⁵⁾.

Maria Sylvia Zanella di Pietro acentua que o “regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judi-

(25) - “Direito Administrativo Brasileiro” pág. 101, Malheiros Editores, 18ª ed.

cial”⁽²⁶⁾. Enfático, Rafael Bielsa observa que o sistema jurídico abrange “a observância da lei que não pode ser violada embora não afete um direito subjetivo”⁽²⁷⁾.

Vale dizer, emprestado ao poder administrativo a feição de um dever de agir é intolerável, mormente nos atos vinculados, que a administração pública, impelida por este ou aquele motivo, abstenha-se de atuar na conformidade do que o ordenamento jurídico comanda e a coletividade anseia.

Em certos casos, e este é um exemplo, o bem da vida da comunidade, sufragado em lei, deixa de ser objeto da tutela específica do poder público por sua inação absoluta, fonte de conflituosidade social prejudicial ao próprio bem-estar geral, da qualidade de vida, vulnerando o princípio da obrigatoriedade geral das normas jurídicas e a regra da observância dos fins públicos dos atos administrativos, enfim, os princípios da legalidade e da finalidade dispostos no artigo 37 da Constituição Federal abalando a separação e a independência entre os poderes legalmente constituídos na medida em que a aspiração popular, expressa sob a forma de interesse público em lei regularmente votada pelo poder competente (Legislativo), é superada pela omissão administrativa do Executivo fazendo de seu não agir as vezes de um simulado veto. Exigir do Município o respeito e o fiel cumprimento à legislação ambiental não implica subversão à independência dos Poderes da República. Apenas, cuida-se da solução de um conflito de interesses oriundo do descumprimento da lei a ser resolvido pela instância judiciária justamente para preservação desse princípio e, notadamente, do princípio da legalidade administrativa.

E mesmo que se enxergue na hipótese o exercício apenas de uma faculdade discricionária – o que se deduz a título de argumentação – é inconcebível que o poder discricionário seja instituído pelo ordenamento jurídico para ser utilizado pela administração pública, sob as formas comissiva ou omissiva, contra o interesse público, a moralidade administrativa e a comunidade.

De fato, a discricionariedade é antônimo lingüístico e jurídico da arbitrariedade. A faculdade discricionária não pode servir como hábil expediente de simulação da arbitrariedade pela via da omissão administrativa.

O administrador público não deve arrepear-se “de usar plenamente de seu poder discricionário quando estiver autorizado e o interesse público o exigir” pondera Hely Lopes Meirelles porque “a atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige”⁽²⁸⁾ ou como elucida Maria Sylvia Zanella di Pietro: “a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis”⁽²⁹⁾.

De Bielsa já partia no estudo acima referido a advertência de que “é no exercício das faculdades discricionárias, onde mais se fere o interesse público, saúde, moral do povo e se ofende a propriedade dos habitantes”.

E há muito vem se consolidando doutrina da sindicabilidade jurisdicional do ato administrativo discricionário “ainda que tenham os agentes públicos possibilidade de,

(26) - “Direito Administrativo”, pág. 176, ed. Atlas, 5ª ed.

(27) - A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração (RT 157/46)

(28) - ob. cit. págs. 103-104

(29) - ob. cit. pág. 177

através de atuação discricionária, escolher entre duas ou mais soluções a que melhor consulte o interesse público. É que a ilegalidade poderá surgir quando, dentre as soluções encontradas, deixar a autoridade administrativa de perseguir o fim de interesse público, assinalado no direito positivo, explícita ou implicitamente”⁽³⁰⁾, pois “o juiz, diante do caso concreto e dada a flexibilidade dos conceitos não pode deixar de reconhecer, se for o caso, que a solução escolhida pelo agente não foi a melhor. Deve anular a decisão administrativa, pois a norma outorgou competência ao agente para que ele escolhesse a melhor alternativa e não qualquer uma. Não poderá o magistrado substituir-se ao agente, dizendo-lhe qual a solução que deva ser dada em caso concreto. Entretanto, não pode furar-se de dizer que aquela não é a melhor solução, anulando-a”⁽³¹⁾.

Aí está uma fonte de desvio de poder a comportar o acesso ao crivo jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, Constituição Federal) para corrigir ou prevenir lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de quebra da independência harmônica dos Poderes da República pela superafetação do Executivo.

Nesta esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que “não é logicamente repugnante a hipótese de desvio de poder por omissão. Com efeito, bem o disse Afonso Rodrigues Queiró: não agir é também agir (não autorizar é decidir não autorizar). Ou pelo menos assim o será em inúmeros casos. Tem-se, pois, que o agente administrativo pode decidir abster-se de praticar um ato que deveria expedir para correto atendimento do interesse público, animado por intuítos de perseguição, favoritismo ou, de todo modo, objetivando finalidade alheia à da regra de competência que o habilitava.”⁽³²⁾

Não se perca de vista que a Constituição da República promulgada em 1988 procura estabelecer uma equação inteira entre a sociedade e o Poder Público, para banir a opressão da sociedade pelo Poder Público. Daí porque multiplicaram-se os instrumentos de controle social e institucional da sociedade sobre o Poder Público, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação civil pública, e inseriram no seu bojo normas e princípios que, necessariamente, não constituem propriamente matéria constitucional (normas constitucionais formais).

A ação civil pública é meio excelente para exigir do administrador público supra sua omissão lesiva aos interesses da cidadania difusamente considerada, notadamente para que a administração pública cumpra a lei e persiga a satisfação do interesse público, pois, como explica Régis Fernandes de Oliveira a ação civil pública trata da anulação de qualquer tipo de comportamento danoso.⁽³³⁾

Diomar Ackel Filho bem compreende esta concepção, apoiado em José Raul Gavião de Almeida, e observa que “a identificação da natureza do interesse social opontado não é privativa e exclusiva do órgão legislativo ou da Administração: “O interesse público não é só aquele que o legislador declara, mas a realidade mesma, sentida pelo critério social” (...). Nesse desiderato, o agente público necessita avaliar essas realidades, dando azo, então ao seu “descrimen”. Ao fazê-lo, por vezes, o administrador avalia equivocadamente o contexto, divorciando do bem comum, ou mantendo-se culposa ou deliberadamente na contemplação distorcida da verdade social, omite-se, negligencia, prevancia. É então, que surge a possibilidade de correção do desvio ou da omissão praticada por via dos mecanismos de controle da atividade administrativa, entre quais, avulta em importância o Poder Judiciário, pela eficácia vinculativa plena de sua atuação”⁽³⁴⁾. E prossegue enfatizando que “é inevitável a afirmação de que o consumidor (cidadão, contribuinte, usuário da coisa pública) situado

(30) - Luciano Ferreira Leite, “Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional”, pág. 38, ed. RT, 1ª ed.

(31) - Régis Fernandes de Oliveira, “Instrumentos Brasileiros de Defesa e Participação dos Administrados” (RT 677/88-89).

(32) - Discricionariedade e Controle Jurisdicional, pág. 75, Malheiros Editores, 2ª ed.

(33) - ob. cit., RT 677/90

(34) - “Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública” (RT 657/54-55)

dianete da Administração pode ter seus direitos reivindicados por meio de ação civil pública, inclusive em casos em que a conduta administrativa é discricionária, como na hipótese singular de fazer algum melhoramento público" (35) como forma de controle social de eficiência da administração pública nos aspectos da moralidade, do bem comum, etc

É necessária, pois, uma efetiva conclusão sobre a natureza jurídica do ato administrativo (omitido) a partir desta incursão pelo direito administrativo. Os conceitos de ato administrativo vinculado e discricionário não são assim tão estáticos, inflexíveis, como pode parecer. É bem clara a inexistência de ato administrativo totalmente discricionário (36) porque a discricionariedade não se projeta sobre todos os elementos do ato administrativo e decorre da lei, e ao mesmo tempo, consoante a doutrina, de ato administrativo totalmente vinculado, porquanto são raríssimas as hipóteses em que a norma predefine inteiramente a única conduta a ser tomada pelo administrador público (37). Na hipótese em estudo, verifica-se justamente tal ocorrência. O legislador estadual fornece um interesse a ser protegido, precisando o meio (submissão ao prévio tratamento e conformidade com os padrões ambientais estabelecidos), mas não indica a conduta a ser desenvolvida pela administração pública, nem define o modo de cumprimento da obrigação legal inscrita. Ela exige o prévio tratamento, mas não especifica como se realiza porque a expressão é variável na medida da evolução tecnológica.

O ato é e continua sendo vinculado porque o seu conteúdo, o seu objeto (prévio tratamento, conformidade com os padrões legais) está indicado na norma; não é dado à administração pública o juízo de conveniência e oportunidade de realizá-lo (o que afasta a discricionariedade), mas a norma confere ao administrador público a escolha da realização do seu conteúdo, isto é, o modo do cumprimento da obrigação a que se encontra vinculado.

Assim, é evidente que a omissão do Município, sendo o dever de agir vinculado, não pode ferir o interesse público da comunidade de preservação de suas águas, comprometendo-se em maior grau os Municípios porque cuida-se manifestamente de ato administrativo vinculado ao qual não pode renunciar, derrogar ou abster-se da prática

O requisito da segurança do serviço público

A Lei Federal nº 8.078/90, que consagra o Código de Defesa do Consumidor, cifra como direito básico a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos (art. 6º, inc. X), determinando que os órgãos públicos ou suas concessionárias e permissionárias são obrigados ao fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, armando a coletividade de ação para exigir o cumprimento ou parcial dessas obrigações e reparação de danos causados por seu descumprimento (art. 22, parágrafo único).

É deveras interessante ter a noção de que a coleta e destino final dos esgotos urbanos é serviço público. E como tal deve obedecer aos requisitos que o Colégio de Defesa do Consumidor exige.

E o serviço não preenche o requisito da segurança, porquanto presta a poluição de bem integrante do patrimônio social: o meio ambiente

Logo, sobe este aspecto não há como assegurar ao Município continuar a ofender e degradar o ambiente.

(35) - ob. cit., RT 657/58

(36) - Régis Fernandes de Oliveira, "Ato Administrativo", pág. 81, Ed. RT 3ª ed.

(37) - Assim manifesta com acuidade Lúcia Valle Figueiredo, forte em Filippo Satta, ressaltando o exemplo da aposentadoria compulsória, e mostrando que em atos vinculados em geral "a norma pretende condutas para atingimento de determinados fins, porém utilizando-se dos mais variados conceitos indeterminados" que demandarão juízo técnico, variável no tempo e no espaço, enquanto que a discricionariedade surge quando houver competência no processo dinâmico para busca de solução dentro dos limites do razoável para atender o fim postulado na norma, agindo o administrador público com liberdade na motivação (onde será verificada a razoabilidade - a congruência lógica entre o ato e o motivo) ("Curso de Direito Administrativo" pág. 135/136. Malheiros Editores 2ª ed.)

A tutela jurisdicional

Em face da inércia administrativa legitima-se o acesso ao crivo jurisdicional para solução do conflito de interesses e proteção do meio ambiente. Há nítido interesse difuso (referente à qualidade de vida, à higidez dos recursos naturais, à observância da lei) a ser preservado, e tanto a ação popular constitucional movida pelo cidadão quanto a ação civil pública movida pelos legitimados do artigo 5º da Lei Federal nº 7.347/85 são instrumentos processuais hábeis ao enfrentamento da questão.

A ação civil pública é via mais adequada para exigir obrigação de fazer ou não fazer cabíveis na hipótese. A ação popular tem função mais específica para reparação dos danos causados, razão pela se dá ênfase a ação civil pública.

Pela ação civil pública o Município pode ser constrangido, cumulativamente ou não, a prestar atividade devida - despejo de esgotos urbanos nos cursos d'água mediante prévio tratamento e em conformidade com os padrões de qualidade estabelecidos -, a cessar atividade nociva - abster-se do despejo dos esgotos domésticos nos cursos d'água sem prévio tratamento e em desconformidade com os padrões ambientais estabelecidos - e a pagar indenização pelo dano causado (que poderá servir a recomposição do ambiente degradado).

De modo algum a sentença interferirá na condução dos negócios da administração pública. Limitar-se-á a estabelecer que o poder público deve corrigir sua omissão lesiva, apontando o cumprimento da lei, instrumento que manifesta o interesse público a ser atingido pelos poderes-deveres conferidos à administração pública, isto é, a tutela jurisdicional se manifestará no sentido de exigir do poder público que em determinado prazo submeta a prévio tratamento os esgotos a serem despejados nos cursos d'água e obedeça aos padrões de qualidade estabelecidos. Desta forma, a sentença condenará o poder público ao cumprimento da lei, a prestação de atividade de vida, abstendo-se nessa função o juiz de indicar o modo de cumprimento da obrigação legal, porque esta tarefa - de escolher a melhor alternativa para satisfação do objeto - é da intimidade da administração pública. É claro que se a alternativa escolhida não atender plenamente o objeto da tutela jurisdicional, essa opção administrativa poderá ser invalidada.

Mesmo não sendo requeridos cumulativamente os pedidos de obrigação de fazer ou não fazer pode o juiz usar da prerrogativa instituída pelo artigo 84 da Lei Federal nº 8.078/90, aplicável à ação civil pública por força do artigo 21 da Lei Federal nº 7.347/85, e mais recentemente pelo artigo 461 do Código de Processo Civil na redação dada pela Lei Federal nº 8.952/94, isto é, conceder a tutela específica da obrigação, ou, determinar providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação, como, por exemplo, impedimento de atividade nociva.

Assim, é lícito no trato da questão o juiz acolher pedido ordenando ao poder público o efetivo cumprimento da lei estadual que estabelece a obrigatoriedade do prévio tratamento de esgotos, ou, simplesmente, impedir o desenvolvimento contínuo da atividade nociva (despejo de esgoto *in natura*) cuja base é a legislação federal e estadual que veda genericamente a poluição dos cursos d'água. Solução diversa gera, por efeito reflexo, o direito adquirido de poluir, e se afasta da sistemática processual civil para o trato da matéria.

Na espécie não é jurídica a premissa da impossibilidade fática de condenar o poder público a abster-se de poluir as águas. Como dito, é obrigação legal instituída pelos três níveis políticos federativos, e o comando de cessação de atividade nociva é, por sinal, aquele que em hipótese alguma coloca em risco - *ad argumentandum tantum* - a intimidade da administração pública, porque a ela reserva a faculdade de escolha da melhor alternativa viável para cumprimento da decisão, no sentido de cessar a poluição das águas. Caberá, portanto, ao Município, em qualquer hipótese, a escolha do modo do cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer.



Lógico que a sentença deve propiciar ao Município prazo bastante razoável para cumprimento da decisão, de modo a facilitar-lhe que cesse efetivamente de poluir as águas, e nesse contexto é evidente que elementos probatórios devem ser coligidos para que a procedência da ação tenha eficácia. Há mesmo balizar-se a atividade jurisdicional por ponderações indispensáveis do cotidiano administrativo. E por essa razão, aconselhável sejam largos os prazos para cumprimento da decisão, calcados em prova técnica, a permitir ao poder público a organização necessária da administração para solução definitiva do conflito de interesses.

Por outro lado, a sentença deve limitar-se à determinação dirigida ao poder público do cumprimento de sua obrigação legal, abstendo-se do estabelecimento do modo do cumprimento dessa obrigação. De fato, é justamente nesta hipótese que se impõe a observância fiel do princípio da separação dos poderes, devendo o juiz deixar ao critério da administração pública a escolha do modo do cumprimento da obrigação, da eleição da atividade administrativa que, de uma forma ou de outra, atenda ao comando judicial proferido. Basta, pois, a sentença obrigar o poder público ao lançamento de esgotos domésticos nos cursos d'água mediante prévio tratamento e em conformidade com os padrões de qualidade ambiental ou ordenar abstenha-se da poluição dos cursos d'água. O modo de cumprimento da sentença fica a critério do administrador público, pois até mesmo nos atos vinculados compete ao administrador escolher o modo de cumprimento do comando legal, se a lei não cuida de previamente estabelecê-lo. Note-se que, no caso, a lei para evitar a poluição das águas contenta-se tão-somente com a submissão ao prévio tratamento e a conformidade com os padrões qualitativos. Estes últimos são fixados pela lei, mas o primeiro não. A lei conforta-se, apenas, com o prévio tratamento dos esgotos a serem lançados, e o modo, a atividade, pela qual se fará o tratamento prévio fica a escolha do administrador público. Deve ser, apenas, eficaz, competindo ao administrador público escolher dentre as alternativas técnicas existentes aquela que atende a sentença.

Observa-se que se há temor de compelir a Municipalidade à prestação de atividade devida decorrente de lei, tal receio não se justifica na hipótese de acolhimento do pedido cumulado de cessação de atividade nociva à qualidade das águas, onde é absolutamente lícito determinar, entregando à Administração Pública o ônus de proceder à escolha da melhor alternativa possível para concretizar o modo de cumprimento da obrigação devida.

Agindo desta maneira a sentença determinaria a cessação de atividade nociva expressamente declarada como tal pela lei e asseguraria à coletividade resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação determinada em lei, de prévio tratamento de esgotos a serem despejados nas águas, deixando ao critério da administração pública a forma de agir nesse sentido.

É, portanto, plenamente viável o pedido de cessação de atividade nociva nesta parte, sem prejuízo do referente à prestação de atividade devida, como meio eficiente de conciliar a tese de impossibilidade de penetração na direção dos negócios administrativos e de proteger o meio ambiente de qualquer forma de poluição das águas.

De outra parte, cabível pedido indenizatório. É inconcusso que a omissão da administração pública lesou o meio ambiente nos termos do artigo 3º, inciso III, alíneas "a" e "e" da Lei Federal nº 6.938/81 e dos artigos 2º a 4º da Lei Estadual nº 997/76 e seu decreto regulamentador, pois o lançamento de esgotos domésticos sem prévio tratamento e desconforme os padrões ambientais estabelecidos gerou degradação da qualidade das águas causando dano ao curso d'água, à saúde e ao bem-estar da coletividade.

Exsurgem daí os deveres de restauração do ambiente degradado e de reparação dos danos causados nos termos do artigo 225, § 1º, inciso I e § 4º da Constituição Federal e do artigo 14, § 1º da Lei Federal nº 6.938/81, satisfazendo para o acolhimento da pretensão o simples estabelecimento do nexo etiológico da conduta comissiva ou omissiva com a eclosão da lesão ou dano, sem necessidade de aferição de culpa ou dolo, liquidáveis mediante simples perícia na fase de conhecimento ou de execução.

Tampouco, o poder público deve temer a sangria alegada de seus recursos. A solução é simples, e consta do ordenamento jurídico. Qualquer condenação emanada de decisão judicial é despesa pública especial, a ser prevista em orçamento segundo o artigo 100 da Carta Magna.

E assim sendo, é evidente que deve imperar no trato da questão a regra elementar da prudência, concedendo-se ao poder público prazo razoável para inserir no orçamento seguinte ao trânsito em julgado da sentença verba para a execução do serviço pretendido e lapso suficiente para sua implantação a partir de elementos coligidos nos autos ou fornecidos pela própria administração pública.

Além disso, o custeio do investimento para obra de tal porte pode ser legitimamente efetuado no exercício orçamentário vigente mediante a abertura de crédito adicional, nos termos do que faculta o artigo 41 inciso II da Lei Federal nº 4.320/64, mediante autorização legislativa e observância do artigo 43 da lei orçamentária.